Die Wirkungen der Hinterlegung zur Schuldbefreiung für den Konkurs

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät der Landesuniversität Rostock

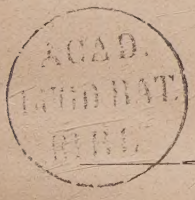
zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

E. Schwartz

Referendar



Rostock

Carl Hinstorffs Buchdruckerei

1901

Meiner Mutter

in Dankbarkeit

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0034

Litteratur.

Bartolus, In primam Codicis partem commentarius; Lugduni 1567.

Buchka, Oetker, Lehmann, Civilprozeßordnung, Konkursordnung und Handelsgesetzbuch in alter und neuer Gestalt; Berlin 1899.

Carpzovius, Jurisprudentia forensis Romano-Saxonica; Lipsiae 1646.

Carpzovius, Opus responsorum juris electoralium; Lipsiae 1642.

Czyhlarz, Die gerichtliche Depofition der Schuld, in Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. 6. Bd. Wien 1879.

Donellus, Opera omnia. Commentariorum de jure civili tomus quartus; Lucae 1764. Lib. XVI. cap. XIV.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 6. Aufl. Berlin, 1899.

Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte; Leipzig 1899.

v. Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts, Bd. II. Leipzig 1864.

Jäger, Die Konkursordnung auf der Grundlage des neuen Reichsrechtes erläutert; Berlin 1899.

Kohler, Annahme und Annahmeverzug in Ihering's Jahrbüchern Bd. 17, Jena 1879.

Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts; Stuttgart 1891.

Kohler, Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Sonderabdruck aus dem Archiv für bürgerliches Recht), Erster Teil, Berlin 1900.

Meyer, Konkursordnung für das deutsche Reich; München 1899.

Mühsam, Die gerichtliche Hinterlegung, insbesondere zum Zweck der Schuldbefreiung; Berlin 1900.

Müller, Die Hinterlegung zur Schuldbefreiung nach dem BGB. Erlanger Dissertation 1900.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse; Berlin 1899.

Petersen und Kleinfeller, Konkursordnung für das deutsche Reich. 3. Aufl. Lahr 1892.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch erläutert, Bd. II. 1900.

Pufendorff, Observationes juris universi; Hannoverae 1756.

Rieken, Das Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und der Hinterlegungsstelle bei der Hinterlegung. Inauguraldissertation, Greifswald 1900.

v. Sarwey-Boßert, Konkursordnung für das deutsche Reich. 4. Aufl. Berlin 1901.

Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches, Erlangen 1897.

Schollmeyer, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse des BGB. 1. Hälfte. Allgemeiner Teil. München 1900.

Seuffert, Konkursprozeßrecht. München 1899.

Spangenberg, in der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß. 1. Bd. Gießen 1828.

Ulrich, Die Deposition und Dereliktion behufs Befreiung des Schuldners. Inauguraldissertation. Zürich 1877.

v. Völderndorff, Konkursordnung für das deutsche Reich, 2. Aufl. 1884.

Willenbücher, Die Reichskonkursordnung. 2. Aufl. Berlin 1896.

v. Wilmowsky und Levy, Civilprozeßordnung für das deutsche Reich. 6. Aufl. 1896.

v. Wilmowsky, Deutsche Reichskonkursordnung, 5. Aufl. 1896.

Wolff, Das Absonderungsrecht im Konkurs. Berlin 1892.

Wolff, Kommentar zur Konkursordnung; Berlin 1900.

Disposition.

A. Einleitung.

B. Vorbereitender Teil.

§ 1. I. Rückblick auf das frühere Recht.

§ 2. II. Die dinglichen Wirkungen der Hinterlegung.

C. Materieller Teil.

I. Die Hinterlegung ohne Verzicht auf das Rücknahmerecht.

§ 3. a. Inhalt und Bedeutung des § 377 BGB.

b. Das Verhältnis des § 377 BGB. zu § 15 KO.

§ 4. aa. Bisherige Ansichten.

§ 5. bb. Die rechtliche Natur des Gläubigerrechtes aus § 377 BGB.

§ 6. II. Die Hinterlegung mit schuldbefreiender Wirkung.

§ 7. III. Die Anfechtung der Hinterlegung außerhalb des Konkurses und im Konkurs.

§ 8. IV. Rechtsstellung des Hinterlegungsgläubigers.

§ 9. V. Der Prozeß um die Rechtmäßigkeit der Hinterlegung.

D. Anhang.

Die Wirkungen der Hinterlegung bei Mangel ihrer Voraussetzungen.

§ 10. I. Allgemeines.

§ 11. II. Die Anfechtung.

§ 12. III. Das Absonderungsrecht.

A. Einleitung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich hat für die Hinterlegung zum Zwecke der Schuldbefreiung vom bisherigen Recht höchst abweichende Bestimmungen getroffen. Es hat in dem Rücknahmeverzicht dem Schuldner ein Mittel gegeben, sich in gleicher Weise durch Hinterlegung zu befreien, wie wenn er zur Zeit der Hinterlegung an den Gläubiger geleistet hätte, und es hat bei der ohne Rücknahmeverzicht erfolgenden Hinterlegung das Rücknahmerecht für unpfändbar erklärt.

Damit hat das Gesetzbuch Normen geschaffen, deren Tragweite und Bedeutung sowohl im Allgemeinen, wie namentlich für das Gebiet des Konkurses durchaus nicht ohne weiteres zu übersehen ist, vielmehr zu eingehender Untersuchung Anlaß giebt.

Wie schon angedeutet, ist die Hinterlegung zur Schuldbefreiung wieder in zwei Unterarten zu scheiden, nämlich diejenige mit schlechthin schuldbefreiender und die ohne diese Wirkung. Erstere findet dann statt, wenn zu der bloßen Thatsache der Hinterlegung als weiteres Moment hinzukommt entweder

1. der Verzicht des Schuldners auf das Recht zur Rücknahme, oder
2. die Annahmeerklärung des Gläubigers.

Zwar giebt das BGB. im § 376 Abs. 2. Nr. 3 noch als dritten Grund der schuldbefreienden Wirkung an die Vorlegung eines rechtskräftigen Urteils bei der Hinterlegungsstelle, durch welches die Hinterlegung für rechtmäßig erklärt wird; indessen wird sich dieser stets auf die beiden erstgenannten zurückführen lassen. Denn „§ 376 Abs. 2 „Nr. 3 dürfte von dem Standpunkte aus zu betrachten „sein, daß in der Vorlage eines dort bezeichneten Urteils „durch den Gläubiger dessen Annahmeerklärung und in der „Vorlage durch den Schuldner dessen Rücknahmeverzicht „enthalten ist; denn es ist wohl zu beachten, daß das „Widerrufsrecht nicht mit dem Zeitpunkt der Rechtskraft „des Urteils, sondern mit dessen Vorlegung durch Gläubiger „oder Schuldner erlischt. Damit erklären diese aber der „Hinterlegungsstelle ihren Willen, daß die Hinterlegung „unwiderruflich sein solle." [1]

Nahe verwandt mit der Hinterlegung zur Schuldbefreiung ist die von Mühsam[2] von ihr scharf geschiedene Hinterlegung zum Zwecke der Schuldbefreiung und gleichzeitigen Retention des Geschuldeten. Sie unterscheidet sich von der ersteren nur durch die doppelte Zweckfunktion, und § 373 giebt deshalb dem Deponenten das Recht, das Empfangsrecht des Gläubigers von der Hebung des Retentionsgrundes abhängig zu machen. Abgesehen davon unterscheidet sich diese Art der Hinterlegung in nichts von der gewöhnlichen Hinterlegung zur Schuldbefreiung, weshalb wir auf sie nicht besonders einzugehen brauchen.

---

[1]) Müller a. a. O. S. 60.

[2]) a. a. O. S. 106 ff.

B. Vorbereitender Teil.

§ 1.

I. Rückblick auf das frühere Recht.

Der Schuldner, der unter der Herrschaft des gemeinen Rechts die Schuld hinterlegte, weil der Gläubiger ihm unbekannt war oder er an den angeblichen Gläubiger nicht ohne Gefahr, doppelt zahlen zu müssen, leisten konnte, entäußerte sich damit regelmäßig nicht des Eigentums an den hinterlegten Gegenständen. Denn es liegt in der Hinterlegung weder eine Dereliktion, — wurde doch nicht einmal die Preisgabe der geschuldeten Sache, die man irreführend auch wohl Dereliktion genannt hat, als Eigentumsaufgabe aufgefaßt,[3] — noch eine Eigentumsübertragung. Denn daß das Eigentum auf den Depositar übergeht, steht in Widerspruch zu den Quellen,[4] „auch wäre ein Depositums„verhältnis zwischen Schuldner und Depositar an des „Depositars eigener Sache unmöglich."[5] Aber auch auf den Gläubiger kann das Eigentum nicht übergegangen sein, — wiewohl diese Ansicht in der älteren gemeinrechtlichen Doktrin vertreten war,[6] — „denn weder handelt der

[3]) Kohler, Jahrbücher S. 311. Ulrich a. a. O. S. 40. Mühsam a. a. O. S. 61.

[4]) vergl. l. 45 D. 50, 17.

[5]) Ulrich S. 40. Mühsam S. 61.

[6]) So Carpzovius, Jur. for. P. II. const. 30. def. 14. no. 1. Resp. jur. L. V. Tit. IX. resp. 100 no. 7. Pufendorf, Obs. T. III. Obs. 169. § 5.

„Depositar . . . . . als Vertreter des Destinatärs, noch „hat dieser den Willen, durch das Gericht das Eigentum „zu erwerben.“ [7]

Der Schuldner blieb also Eigentümer des Depots, dasselbe fiel deshalb auch in seine Konkursmasse und der Konkurskurator konnte frei darüber verfügen. Andererseits konnte aber der Gläubiger auch seine Annahme noch erklären, so lange der Konkursverwalter sein Rücknahmerecht noch nicht ausgeübt hatte. Viel ungünstiger gestaltete sich die Lage des Gläubigers noch nach den Bestimmungen der Konkursordnung für das deutsche Reich. Sie bestimmte im § 12, daß Rechte, also auch das Eigentum, an zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen nach der Konkurseröffnung nicht mehr mit Wirkung gegenüber den Konkursgläubigern erworben werden könnten. Damit war dem Gläubiger das Annahmerecht schlechthin entzogen, selbst wenn der Konkursverwalter die Rücknahme garnicht vornahm.

Es hat freilich nicht an Stimmen gefehlt, welche die Zugehörigkeit des Depots zur Konkursmasse trotz des Eigentums des Schuldners leugneten.

Spangenberg,[8] der Hauptvertreter dieser Meinung, führt aus, der Satz: Der Schuldner behält das Eigentum an den hinterlegten Gegenständen, gelte nicht in seiner vollen Allgemeinheit. Es sei zwar richtig, daß der Deponent die Befugnis der Rücknahme und der Wiederherstellung des alten Schuldverhältnisses habe, indes nehme das Gesetz an,

[7]) So Czyhlarz a. a. O. S. 684. Gl. M. schon Donellus, d. jure civ. XVI. cap. XIV. § 10, 13. Bartolus a. a. O. ad legem Acceptam. Ulrich S. 54 f. Mühsam S. 61. Kohler, Jahrbücher S. 325.

[8]) Zeitschr. f. Zivilrecht und Prozeß S. 177 ff.

„daß der Gläubiger, wenn der Deponent von dieser „Befugnis keinen Gebrauch gemacht habe, als eventueller „Eigentümer anzusehen sei.“ Darum gebe es dem Gläubiger eine rei vindicatio utilis, gegen den Deponenten selbst, wenn dieser das Depositum zurückgenommen habe ohne das frühere Schuldverhältnis zur Zufriedenheit des Gläubigers wiederherzustellen. Es sei also der Gläubiger als Eigentümer für diesen Fall zu betrachten, und um so mehr, wenn der Schuldner das Depot garnicht mehr zurücknehmen und das alte Obligationsverhältnis wiederherstellen könne, wie das im Konkurse der Fall sei; gerade durch die Konkurseröffnung werde also der Gläubiger Eigentümer, mithin könne der Konkurskurator die Sache nicht mehr zur Masse ziehen.

Diese Ausführung gründet Spangenberg hauptsächlich auf c. 19. C. 4. 32 a. E: Creditori scilicet actione utili ad exactionem earum non adversus debitorem, nisi forte eas receperit, sed contra depositarium vel ipsas competente pecunias.

Nach dem Obengesagten interpretiert er die Stelle also dahin, daß dem Gläubiger eine utilis actio auch gegen den Schuldner zustehe, wenn dieser die Sache zurückgenommen habe, allerdings mit der Einschränkung, daß die Rücknahme ohne Wiederherstellung des früheren Schuldverhältnisses erfolgt sei.

Gegen diese Interpretation ist indes folgendes einzuwenden: Wenn der Schuldner die hinterlegte Sache zurücknimmt, so entsteht damit aus der Wurzel des alten Schuldverhältnisses der durch die Deposition gehemmte

Anspruch des Gläubigers stets von neuem;[9] der Gläubiger hat also wieder wie vorher die ursprüngliche Schuldklage. Der Fall, daß der Schuldner zurücknimmt, ohne das alte Schuldverhältnis wiederzuerwecken, kann also garnicht eintreten, die Anwendbarkeit der actio in rem utilis gegen den Schuldner wäre mithin von vornherein ausgeschlossen.

Es würde aber diese actio utilis dem Gläubiger auch garnichts mehr nützen; denn die rei vindicatio utilis ist ihm, wie Kohler überzeugend darthut,[10] gegeben, damit er ein wirksames Mittel zum Erwerb des Besitzes der deponierten Sache, der doch zum Eigentumserwerb erforderlich ist, in die Hand bekommt. Hat nun aber der Schuldner die Sache zurückgenommen, d. h. die Eigentumsübergabsofferte revociert, so kann dem Gläubiger diese Klage auf Erlangung des Besitzes nicht mehr helfen, weil es auf Seiten des Schuldners an dem Willen, Eigentum zu geben, jetzt gebricht. Vielmehr muß der Gläubiger jetzt die ursprüngliche Schuldklage anstellen, auf Grund deren der Schuldner zur Übertragung des Eigentums, nicht nur zur Überlassung des Besitzes verurteilt wird. Die c. 19 cit. ist also richtig dahin zu interpretieren, daß eine actio utilis nur gegen den Depositar resp. gegen jeden Dritten gegeben

---

[9]) Kohler Jahrbücher S. 331 ff. Gl. M. Cyzhlarz a. a. O. S. 676. „Die Deposition erzeugt nur eine Gegenwirkung gegen die Forderung, die durch die Rücknahme des Depositums wieder hinfällig wird." Ulrich S. 73 f.

[10]) Jahrbücher S. 320. Gl. M. Mühsam S. 68 f. Ulrich S. 52 begründet die actio utilis in rem damit, daß der Schuldner alles zur Erfüllung thun wolle, was in seiner Macht stehe; deshalb erbiete er sich zur Cession der Klage und diese Cession werde fingiert. Von diesem Standpunkte aus wäre die Klage nach der Rücknahme deshalb undenkbar, weil ja der Schuldner gerade jetzt seine Erfüllungshandlungen nicht mehr aufrecht erhalten will.

ist,[11] indem man zu dem: non adversus debitorem, nisi forte receperit, ein competente actione hinzudenkt: da ja gegen den Schuldner nur im Falle der Zurücknahme eine actio, und zwar die ursprüngliche Schuldklage, besteht.

Es ist nicht zu verkennen, daß durch die Zugehörigkeit des Depots zur Konkursmasse die wirtschaftliche Lage des Gläubigers sehr verschlechtert wird, was besonders Holzschuher[12] für die Spangenbergische Ansicht hervorhebt. Indes ist die wirtschaftliche Verschlechterung der Position des Gläubigers kein Entscheidungsgrund de lege lata, wenn auch sehr beherzigenswert de lege ferenda.[13]

Letzterem Gedanken haben denn auch neuere Gesetzgebungen Rechnung getragen. So bestimmt der code civil, daß die Hinterlegung unwiderruflich und das Depositum für die Annahmeerklärung des Gläubigers reserviert bleiben solle, wenn sie durch rechtskräftiges Urteil bestätigt war. Viel zweckmäßiger gestaltete das Sächsische BGB. diese Bestimmungen: Die Deposition war nur widerruflich, solange nicht der Schuldner dieselbe dem Gläubiger angezeigt hatte; durch die Anzeige erlosch die Obligation „und „dem Gläubiger ist ein Verlaß gegeben, daß das ihm „angezeigte Depot von nun an frei zu seiner Verfügung „stehe".[14] Da nun nach der Ausführungsverordnung die Anzeige ohne Verzug zu erfolgen hatte, war der Gläubiger in weitesten Umfange gesichert.

Ähnliches kannte die Preußische Grundbuchordnung, nach welcher ein im Wege des Aufgebots aufgerufener Gläubiger

---

11) Ulrich S. 72 Note 6.
12) a. a. O. S. 407, 408.
13) Kohler, Jahrbücher S. 349 Note 1.
14) Kohler, Jahrbücher S. 352.

noch binnen eines Jahres seit Löschung der für ihn eingetragenen Hypothek im Grundbuch die Annahme der deponierten Valuta erklären konnte, ohne daß ihm der Schuldner dies Recht durch Widerruf zu entziehen vermochte.

Endlich kannte auch schon das bisherige Reichsrecht einen Fall der Hinterlegung, der die Rücknahme des Hinterlegten ausschloß, den des § 72 CPO. alter Fassung.[15]

In allen diesen Fällen macht der Ausschluß der Rücknahme die Sache zu einer unpfändbaren, entzieht sie damit auch dem Konkursbeschlage und giebt also dem Gläubiger die Möglichkeit, die Annahme auch noch nach der Konkurseröffnung zu erklären.

§ 2.

II. Die dinglichen Wirkungen der Hinterlegung.

Ehe ich auf die Gestaltung der Hinterlegungswirkungen für den Konkurs im geltenden Rechte eingehe, sei es mir gestattet, die für unsere ganze Untersuchung wichtige dingliche Rechtslage der deponierten Sache zu prüfen. Hängt doch davon die Zugehörigkeit des Depots zur Konkursmasse des Schuldners ab.

Es ist ohne weiteres klar, daß regelmäßig von einem Eigentum der Hinterlegungsstelle am Depot nicht die Rede sein kann;[16] denn bei der Übergabe der zu hinterlegenden Sachen fehlt sowohl auf Seiten des Schuldners wie der Hinterlegungsstelle die Absicht, Eigentum zu geben und zu nehmen, die nach § 929 BGB. zur

[15]) So Kohler, Jahrbücher S. 354. v. Wilmowsky-Levy CPO. § 72 Nr. 1. Rieken S. 31.

[16]) So auch Müller a. a. O. S. 88. Hellwig S. 464.

Eigentumsübertragung erforderlich ist. Der Schuldner bleibt also noch Eigentümer, bis der Gläubiger das Eigentum erwirbt. In welchem Augenblick aber findet das statt?

Eigentumsübertragung erfolgt nach § 929 BGB. durch Einigung der Kontrahenten und Übergabe der Sache. Die Übergabe kann auch, wenn die Sache im Besitz eines Dritten ist, durch Abtretung des Herausgabeanspruches, der rei vindicatio, ersetzt werden (§ 931 BGB.). Die hinterlegte Sache befindet sich nicht in den Händen der Parteien, § 931 findet also Anwendung. Worin liegt nun in der Hinterlegung die Abtretung des Anspruches auf Herausgabe, bezw. wodurch wird dieselbe ersetzt, und wie kommt die Einigung zum Ausdruck? Über diese Konstruktion stehen sich zwei Ansichten gegenüber.

Auf der einen Seite erklärt Kohler[17] die Hinterlegung für eine Traditionsofferte nach § 931 BGB.; in der Hinterlegung liegt also einmal die Offerte auf Abtretung des Herausgabeanspruches, dann aber auch die Offerte eines abstrakten dinglichen Übereignungsvertrages. Beide Offerten werden durch die im § 374 Abs. 2 BGB. angeordnete Mitteilung an den Gläubiger diesem zur Kenntnis gebracht und beide Offerten nimmt der Gläubiger durch seine Erklärung an; durch die so zustande gekommene Einigung der Parteien ist das Eigentum auf den Gläubiger übergegangen.[18]

Demgegenüber konstruiert Müller[19] folgendermaßen: Die Abtretung des Anspruches auf Herausgabe ist vollzogen in dem Augenblick, wo der Gläubiger den aus-

[17]) Studien S. 169.
[18]) Gl. M. Schollmeyer S. 314 f.
[19]) a. a. O. S. 89 ff.

schließlichen Anspruch auf Herausgabe hat. Die Einigung aber, ein abstrakter dinglicher Vertrag, liegt in der Mitteilung des Schuldners an den Gläubiger, daß die Sache hinterlegt sei (Offerte) und der Annahmeerklärung des Schuldners. Ähnlich sieht Hellwig[20] den Eigentumsübergang dann als vollzogen an, wenn der Gläubiger den ausschließlichen Anspruch auf Aushändigung des Depots erlangt hat, eine Konstruktion, die indes deshalb verwerflich erscheint, weil sie bei der Hinterlegung mit Rücknahmeverzicht dazu nötigt, die zum Eigentumsübergang erforderliche Einigung der Parteien als durch die Vorschrift des § 378 BGB. ersetzt zu betrachten; dagegen wird mit Recht eingewendet,[21] daß sich § 378 nur auf die obligatorische, die Volutionswirkung, nicht auf die dingliche bezieht, was auch Hellwig Seite 456 Note 926 selbst hervorhebt.

Die Einwendungen Müller's gegen Kohler's Auffassung der Hinterlegung[22] beruhen auf der mangelhaften Scheidung des Rechtsverhältnisses von Schuldner und Gläubiger einerseits, Schuldner und Depositars andererseits.[23] Das Verhältnis von Schuldner und Gläubiger ist wieder ein zwiefaches, ein dingliches und ein obligationstilgendes; nur das erstere interessiert uns hier. Jedem

---

[20]) a. a. O. S. 456. Ebenso nimmt Wolff KO. S. 182 an, daß bei der Hinterlegung unter Ausschließung der Rücknahme (was argumento e contrario aus dem Folgenden offenbar unter Rücknahmeverzicht heißen soll) der Gläubiger Eigentümer wird bezw. Inhaber der Forderung gegen den Fiskus. Bei der Hinterlegung ohne Rücknahmeverzicht soll der Gläubiger erst mit der Annahmeerklärung Eigentum erwerben. Wolff beruft sich dabei auch auf § 378 BGB. Gegen ihn gilt also auch das gegen Hellwig Gesagte.

[21]) Müller a. a. O. S. 90. Schollmeyer S. 311.

[22]) a. a. O. S. 54 f.

[23]) Auf diese Scheidung weist Kohler, Jahrbücher S. 313 hin.

dieser Rechtsverhältnisse muß durch besondere Konstruktion genügt werden; es giebt keine, die alle Merkmale der Hinterlegung in sich vereinigte.

Müller sagt nun, es vertrüge sich nicht mit dem Begriff der Offerte, daß der Gläubiger durch die Hinterlegung sofort ein Recht auf Aushändigung des Depositums erlange, ohne daß es einer Annahmeerklärung seinerseits bedürfe. Das ist an sich richtig, nur ist dagegen zu sagen, daß Kohler a. a. O. von dem dinglichen Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger redet, während Müller die Stelle auf das Verhältnis von Schuldner und Depositar und die daraus entstehenden Rechte des Gläubigers bezieht. Denn dies Recht ist ein Ausfluß der vom Schuldner gesetzten lex depositionis, mag man die Hinterlegung nun als Vertrag zu Gunsten eines Dritten[24] oder als ein nur analoges Verhältnis[25] auffassen. Es ist das Recht, sich durch Annahmeerklärung zum Eigentümer zu machen; dies Recht braucht der Gläubiger allerdings nicht besonders anzunehmen. Wohl aber bedarf es zu dem dinglichen abstrakten Vertrag einer Annahme, und dazu stellt der Schuldner mit der Hinterlegung die Offerte. Damit erledigt sich auch, daß der Gläubiger von der Hinterlegung zu seinen Gunsten garnichts zu wissen braucht, um das Recht auf die Annahmehandlung zur Entstehung zu bringen. Was endlich die Behauptung Müllers anlangt, das Recht des Gläubigers gehe diesem auch nicht verloren, wenn er es ausdrücklich zurückweise,[26] so scheint uns das nicht richtig; denn es ist nicht abzusehen, warum

[24]) So Müller S. 474. Hellwig S. 442 ff. Mühsam S. 64 f.
[25]) So Oertmann, Vor § 372 Anm. 5.
[26]) Gl. M. Hellwig S. 448.

die Bestimmung des § 333 BGB. aus Rücksicht auf die dadurch vereitelten, aus der Hinterlegung herfließenden Rechte (§ 379 Abs. 1, 2) des Schuldners keine Anwendung finden sollte, da ja dem Schuldner in dem Verzicht auf das Rücknahmerecht das Mittel gegeben ist, allen mißlichen Konsequenzen aus dem Wege zu gehen.

Durch seine veränderte Konstruktion sucht Müller diese Bedenken zu vermeiden, indes mit wenig Erfolg. Denn wie soll die Abtretung des Anspruches auf Herausgabe bei der widerruflichen Hinterlegung anders vor sich gehen als mit einer Annahme seitens des Gläubigers auf eine Offerte des Schuldners? Und diese Offerte kann immer nur in der Hinterlegung liegen. Ferner kann die Mitteilung an den Gläubiger nach § 374 Abs. 2 unterbleiben; wie soll dann, da die Offerte nun fehlt, der abstrakte dingliche Vertrag zu stande kommen?

Der Gläubiger erwirbt also erst durch die Annahmeerklärung gegenüber der Hinterlegungsstelle Eigentum an den hinterlegten Gegenständen. Mithin gehören dieselben bis dahin auch in seine Konkursmasse, und ebenso seine actio depositi gegen die Hinterlegungsstelle.

Es ist indessen ausnahmsweise auch der Fall denkbar, daß die Depots in das Eigentum der Hinterlegungsstelle übergehen. Durch a 145 EG. BGB. ist es nämlich der Landesgesetzgebung freigestellt, anzuordnen, daß an Geld oder Wertpapieren das Eigentum auf die Hinterlegungsstelle übergeht.[27] Es läge dann also ein depositum

[27]) Von dieser Befugnis haben bezüglich hinterlegten Geldes Gebrauch gemacht: Anhalt (AG. BGB. v. 18. 4. 99. a. 20), Braunschweig (Ges. v. 12. 6. 99. § 6.), Bremen (HO. v. 18. 7. 99. § 12.), Elsaß-Lothringen (Ges. v. 1. 11. 99. § 4.), Hamburg (HO. v. 14 7.

irregulare vor. Hat die Landesgesetzgebung eine solche Anordnung getroffen, so hat der Schuldner nur eine actio depositi gegen die Hinterlegungsstelle; die actio gehört natürlich zur Konkursmasse, so daß der Konkursverwalter nach der Regel den Anspruch geltend machen und die Depositа zur Masse ziehen kann.

Die Hinterlegung stellt sich in diesem Falle als eine Cessionsofferte der persönlichen actio depositi an den Gläubiger dar,[28] und dieser erwirbt mit der Annahmeerklärung nur ein Forderungsrecht gegen den Fiskus, während das Eigentum an dem Depot erst auf ihn übergeht, wenn es ihm seitens der Hinterlegungsstelle ausgezahlt wird.

---

99. § 11), Hessen (VO. v. 19. 8. 99. § 5), Lübeck (HO. v. 20. 3. 99. § 17), Mecklenburg-Schwerin (HO. v. 9. 4 99. § 5), Oldenburg (AG. BGB. v. 15. 5. 99. § 40), Preußen (HO. v. 14. 3. 79. § 7), Reuß ä. L. (HO. v. 6. 11. 99. § 9), Reuß j. L. (HO. v. 10. 8. 99. § 7), Sachsen (VO. v. 24. 7. 99. § 103), Altenburg (AG. BGB. v. 4. 5. 99. § 24), Coburg-Gotha (HO. v. 23. 10. 99. § 6), Weimar (HO. v. 29. 11. 99. § 6), Schaumburg (HO. v. 20. 6. 99. § 5), Schwarzburg-Sondershausen (HO. v. 29. 7. 99. § 6), Waldeck (Ges. v 11. 12. 99. Art. 2), Württemberg (AG. BGB. v. 28. 7. 99. Art. 151).

[28]) Kohler, Studien S. 192.

C. Materieller Teil.

I. Die Hinterlegung ohne Verzicht auf das Rücknahmerecht.

§ 3.

a. Inhalt und Bedeutung des § 377 BGB.

Hinsichtlich der Hinterlegung ohne Verzicht auf das Rücknahmerecht hat das Bürgerliche Gesetzbuch ganz besondere Anordnungen getroffen für den Fall, daß der hinterlegende Schuldner in Konkurs gerät. Es bestimmt nämlich im § 377:

> „Das Recht zur Rücknahme der hinterlegten Sache „ist der Pfändung nicht unterworfen. — Wird über „das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet, „so kann während des Konkurses das Recht zur „Rücknahme auch nicht von dem Schuldner aus„geübt werden."

Was zunächst den ersten Absatz anlangt, so hat er die Bedeutung, daß durch ihn das Recht der Rücknahme der hinterlegten Sache nicht dem Konkursbeschlag unterworfen ist (KO. § 1 Abs. 4). Diese Bestimmung steht durchaus nicht in Widerspruch zu dem oben gewonnenen Satze, daß die actio depositi zur Konkursmasse gehört. Denn das „Recht der Rücknahme" ist nicht der gegen die Hinterlegungsstelle gerichtete Anspruch auf Wiederherausgabe der

hinterlegten Objekte, sondern die Befugnis, dem Gläubiger die Möglichkeit der Annahmeerklärung wieder zu entziehen, oder, anders ausgedrückt, die Befugnis, die in der Hinterlegung dem Gläubiger gemachte Traditionsofferte nach § 931 BGB. bezw. Cessionsofferte zu widerrufen. Von diesem Widerruf der Offerte hängt nun natürlich die Geltendmachung des Herausgabeanspruches gegenüber der Hinterlegungsstelle ab; denn vor erfolgtem Widerruf ist die Sache durch das Annahmerecht des Gläubigers gebunden; „die actio depositi besteht für den Schuldner erst nach der „Erklärung, daß von dem Rücknahmerecht Gebrauch ge„macht werde.“ [29]

Nur dieses Recht des Widerrufs ist aber dem Konkursbeschlag entzogen, [30] und daher kann der Konkursverwalter auch nicht die Hinterlegung widerrufen. Infolgedessen kann er auch die Wiederherausgabe gegenüber der Hinterlegungsstelle nicht verlangen. Die Depositа sind also in einem Zustand negativer Gebundenheit gebracht, sie sind dem Gläubiger, für den sie hinterlegt sind, „verfangen“, [31] „sie gehören nur insofern zur Konkursmasse, als sie zu der„selben auf andere Weise [32] als durch Ausübung des will„kürlichen schuldnerischen Widerrufsrechtes gezogen werden „können.“ [33]

Anders läge es, wenn der Schuldner schon vor der Konkurseröffnung den Widerruf erklärt hätte. Dann hätte

---

[29]) Kohler, Studien S. 183 Note 72.

[30]) Gl. M. Jäger, KO. § 1, Anm. 30. Müller S. 74. Hellwig S. 458. Kohler, Studien S. 182 f. Oertmann § 377 Nr. 2.

[31]) Kohler, Studien S. 172.

[32]) z. B. durch Anfechtung nach §§ 29 EO. ff. Vergl. § 8 und § 9 vorliegender Arbeit.

[33]) Müller S. 79.

der Konkursverwalter freie Bahn und könnte seinerseits die Rücknahme des Hinterlegten und seine Einverleibung in die Masse betreiben.[34] Denn die negative Gebundenheit durch die dem Gläubiger zustehende Annahmeerklärung ist ja durch den Widerruf beseitigt.

Ingleichen unterliegt es keinem Zweifel, daß der Gläubiger auf das Recht, das ihm aus der Traditionsofferte erwächst, verzichten, oder, anders ausgedrückt, zur Rücknahme des Depots seine Einwilligung erklären kann.[35]

In diesem Falle hätte die Annahme einer ferneren negativen Gebundenheit keinen Sinn mehr, man wird vielmehr annehmen müssen, daß auch hierdurch die actio depositi des Schuldners gegen die Hinterlegungsstelle frei geworden ist. Natürlich gehört dann aber die actio depositi wie auch das Depot selbst in die Konkursmasse. Es ist deshalb auch nicht richtig, wenn Plank[36] annimmt, der vergantete Schuldner könne das Depot mit Einwilligung der Gläubiger zurücknehmen. Vielmehr kann nur der Konkursverwalter die Rücknahme wirksam vornehmen; denn die Verfügungen, die der Gemeinschuldner trifft, sind der Konkursmasse gegenüber nichtig. Auch darf die Hinterlegungsstelle wegen des offenen Arrestes die Depots garnicht an den Kridar aushändigen.[37] Ferner kommt hinzu, daß der Schuldner die Konkursforderungen nicht mehr vermehren kann, was er doch

---

[34]) Kohler, Studien S. 185. Oertmann § 377 Nr. 2. Schollmeyer S. 312. Müller S. 75.

[35]) Schollmeyer S. 311 f.

[36]) Kommentar zum BGB. § 377 Nr. 2.

[37]) Schollmeyer S. 311.

thun würde, wenn er dem Hinterlegungsgläubiger sein durch die Hinterlegung erworbenes Recht wieder entzöge (§ 6. 7. KO.).[38]

Der Schuldner ist außerhalb des Konkurses zur Rücknahme berechtigt, auch wenn er auf das Recht zur Rücknahme verzichtet hat, wenn dreißig Jahre seit der Anzeige des Schuldners an den Gläubiger von der Hinterlegung verstrichen sind. Daß § 377 auf dies Recht zur Rücknahme keine Anwendung findet, bedarf kaum besonderer Betonung, da hier der Zweck des § 377, dem Hinterlegungsgläubiger die Befriedigung aus der Sache zu sichern, ja nicht mehr in Frage kommt.[39] Dies Rücknahmerecht unterliegt vielmehr dem Konkursbeschlage, und kann darum aus den eben dargestellten Gründen auch nur vom Konkursverwalter, nicht vom Schuldner wirksam ausgeübt werden.

Dasselbe wird dann gelten müssen, wenn der Schuldner nach § 75 CPO. zu Gunsten zweier streitender Gläubiger hinterlegt hat und die Forderung im Prozeß keinem von beiden zugesprochen wird; denn auch hier ist der Zweck des Rücknahmeverzichts fortgefallen.[40]

Da der Schuldner nach der Konkurseröffnung die Konkursforderungen nicht mehr vermehren kann, kann er aber auch seinerseits die Traditionsofferte, die in der Hinterlegung liegt, nicht mehr widerrufen. Gleichwohl ist ihm diese Befugnis in § 377 noch ausdrücklich entzogen.

---

[38]) Gl. M. Hellwig S. 460 Nr. 931. Jäger KO. Anm. 29 zu § 1. Gegen ihn unzutreffend Schollmeyer S. 311. Der Rücknahmeverzicht verstößt allerdings nicht gegen § 6 KO., wohl aber die Rücknahme Seitens des Schuldners.

[39]) Gl. M. Müller S. 78. Hellwig S. 45 9. Jäger KO. § 1 Anm. 30 a. Meyer KO. S. 8 f.

[40]) Schollmeyer S. 308.

Die in § 377 getroffene Regelung entsprang dem Gedanken, daß es wohl dem Schuldner freistehen müsse, „wenn „er dies seinem Interesse entsprechend erachte, die hinterlegte Sache zurückzunehmen, aber daraus folge nicht, daß „der pfändende Gläubiger sein Interesse an die Stelle des „Interesses des Schuldners zu setzen und die Hinterlegung, „die der Schuldner aufrecht erhalten wolle, im eigenen „Interesse zu widerrufen berechtige sei.“ [41] Auch hielt man die Ausübung des Rücknahmerechts durch den Schuldner für „allzu unbillig gegen den Gläubiger, da der Schuldner „während der Dauer des Konkurses ein ernstes Interesse „an der Zurücknahme der hinterlegten Sache, die mit „der Zurücknahme in die Konkursmasse fiele, kaum haben „dürfte.“ [42]

„So bringt die Konkurseröffnung über das Vermögen „des Schuldners dem Gläubiger, obwohl sich derselbe mög„licherweise in Annahmeverzug befand, den Vorteil, daß er „während des Konkurses des Schuldners gegen die Rück„nahme des Depositums seitens desselben gesichert ist.“ [43]

Es kann also das Recht sich auch während des Konkurses durch die Annahmeerklärung Befriedigung zu verschaffen, dem Hinterlegungsgläubiger weder vom Schuldner noch vom Konkursverwalter entzogen werden und diese Annahmeerklärung muß folglich auch den Konkursgläubigern gegenüber wirksam sein.

---

[41]) Motive zu E II. bei Scherer, Recht d. Sch. § 377 Nr. 1.
[42]) Ebenda Nr. 2.
[43]) Schollmeyer S. 311.

b Das Verhältnis des § 377 BGB. zu § 15 KO.

§ 4.

aa. Die bisherigen Ansichten.

Dem in § 4 gewonnenen Ergebnis stellen wir nun den Wortlaut des § 15 KO., soweit er uns hier interessiert, gegenüber. Er lautet:

> „Rechte an den zur Konkursmasse gehörigen Gegen-
> „ständen . . . . können nach der Eröffnung des Ver-
> „fahrens nicht mit Wirksamkeit gegenüber den Konkurs-
> „gläubigern erworben werden, auch wenn der Erwerb
> „nicht auf einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners
> „beruht."

Trotzdem soll der Gläubiger das Eigentum an den hinterlegten Gegenständen bezw. das Forderungsrecht gegen den Fiskus noch nach der Konkurseröffnung erwerben können.

Unter den zur Lösung dieses Problems aufgestellten Theorien lassen sich zwei Gruppen unterscheiden. Die eine nimmt an, daß § 377 BGB. und § 15 KO. nicht ohne Kollision nebeneinander bestehen können, während die andere jede Kollision leugnet. Vertreter der ersten Gruppe sind Jäger, Müller und Hellwig, der letzteren gehören Schollmeyer, Endemann und Wolff an.

Unter den Theorien der ersten Gruppe besteht jedoch noch eine weitgehende Verschiedenheit; denn Jäger und Müller verfechten die Ansicht, daß § 377 eine Ausnahme von der Normalvorschrift des § 15 KO. aufstellen wolle.[44]

Diese Auffassung wird jedoch von Hellwig[45] bestritten, Der Hinterlegungsgläubiger, so führt er aus, solle Eigentum

---

[44]) Jäger § 1. Anm. 29. Müller S. 79.
[45]) a. a. O. S. 464 ff.

an der deponierten Sache bekommen. Das könne nur geschehen durch eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners oder des Hinterlegungsgläubigers. Der ersteren sei aber an Sachen, die zur Konkursmasse gehörten, durch § 7 Abs. 1 KO. die Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern versagt, den letzteren durch § 15 KO. Die Theorie, daß § 377 BGB. eine Ausnahme von § 15 KO. bilden, „daß „der Gläubiger das Recht, das Eigentum an der deponierten „Sache zu erlangen, haben solle," scheitere daran, daß sie einen Widerspruch zwischen BGB. und KO. annehme, dieser aber sei in Wahrheit nicht vorhanden. Vielmehr sei das Recht der KO. dem BGB. gegenüber das neuere Recht, und mithin derogiere die KO. dem BGB.[46] Die nach § 377 BGB. zwar mögliche Annahmeerklärung könne dem Gläubiger doch materiell aus konkursrechtlichen Gründen nichts nützen, vielmehr sei der Konkursverwalter in der Lage, das durch die Annahmeerklärung vom Hinterlegungsgläubiger erworbene Recht auf Herausgabe der Sache mit einer condictio sine causa als etwas ohne Rechtsgrund Erworbenes wieder zur Masse zu ziehen.

Auf diese Ansicht dürfte folgendes zu erwidern sein: Daß § 377 den auch oben schon vertretenen Sinn hat, daß dem Hinterlegungsgläubiger die Annahmeerklärung auch während das Konkurses freistehen solle, geht aus der oben angeführten Stelle der Motive deutlich hervor. Daß dies die Absicht der Redaktoren des BGB. war, giebt auch Hellwig S. 466 selbst zu. Es hängt also alles von der Frage ab, ob die KO. wirklich dem BGB. derogiert oder nicht. Diese Frage wird von Müller und Jäger[47] bejaht.

[46]) S. 464 Note 944.

[47] S. 79 bezw. § 25 Anm. 2.

Gleichwohl erklären sie beide übereinstimmend, daß eine lex specialis des BGB. einer lex generalis der KO. unbedingt vorgehen müsse. Wir möchten aber die Richtigkeit dieser Meinung in Frage ziehen.

Dafür, daß die KO. lex posterior sei, führt Hellwig in der Note 944 besonders an den Ausdruck: „an die Stelle" des § 12 treten folgende Vorschriften. Das aber kann unseres Erachtens nicht das Entscheidende sein, vielmehr ist der Titel und der einleitende Satz des Gesetzes vom 17. Mai 1898 heranzuziehen, und dieser lautet: „Gesetz betr. Änderungen der KO.", wie auch der Text des Gesetzes mit den Worten beginnt: „Die KO. wird dahin geändert." Eine Änderung eines bestehenden Gesetzes ist aber kein neues Gesetz, wenn auch die Änderung durch ein neues Gesetz gemäß der Reichsverfassung bewirkt werden muß. Es ist also wohl das Gesetz vom 17. Mai 1898 lex posterior gegenüber dem BGB., nicht aber das durch sie abgeänderte Gesetz, die Konkursordnung. Damit erledigt sich auch die von Hellwig angeführte Ausdrucksweise des Gesetzes vom 17. Mai 1898: „an die Stelle" des § 12 u. s. w.; das Gesetz als Ganzes ist geändert, der einzelne Paragraph als solcher bei dieser Änderung durch eine andere Vorschrift ersetzt.

Hellwig führt ferner als Beweis für seine Auffassung den Ausdruck der neuen KO. an, daß gewisse Vorschriften des BGB. „unberührt" bleiben. Indessen hat man hierin nichts weiter zu erblicken als einen Nachtrag zu dem entsprechenden Paragraphen des BGB., der durch das Gesetz vom 17. Mai 1898 geschaffen worden ist und auf diese Weise in die Konkursordnung geriet. Sein Platz in der

Konkursordnung erklärt somit die Art seiner Fassung, sein Sinn ist der, daß die betreffende Vorschrift auch für den Fall des Konkurses gelten, also entgegenstehenden Vorschriften der KO. derogieren sollte. Wo aber wie bei § 377 schon dieser Sinn hinreichend zum Ausdruck kam, war ein solcher Nachtrag eben nicht mehr nötig.[48]

Hellwig weist zur Begründung seiner Ansicht weiter darauf hin, daß die durch die Annahmeerklärung des Gläubigers oder durch den Rücknahmeverzicht des Schuldners herbeigeführte Befriedigung aus einer schon vorher stattgefundenen Hinterlegung ohne Rücknahmeverzicht, wenn sie in Kenntnis der Zahlungseinstellung oder des Antrages auf Konkurseröffnung vorgenommen sei, nach § 30 Nr. 1 Satz 2 anfechtbar wäre. Die von uns vertretene Theorie führe nun dazu, daß eine Rechtshandlung, die vor der Eröffnung des Konkurses in Kenntnis des Eröffnungsantrages vorgenommen anfechtbar sei, nachher mit Kenntnis der Eröffnung vorgenommen nicht mehr angefochten werden könne. Indessen ist das nicht richtig, denn auch die in Kenntnis der Zahlungseinstellung oder des Antrages auf Eröffnung herbeigeführte Befriedigung würde nicht anfechtbar sein, da die Sache durch die infolge der Hinterlegung eintretende negative Gebundenheit dem Zugriff der Gläubiger entzogen ist. Die Herbeiführung der Befriedigung stellt also keinen Eingriff in das Beschlagsrecht der Gläubiger dar, und ebensowenig die Herbeiführung der Befriedigung nach Eröffnung des Konkurses aus dem gleichen Grunde.

---

[48]) Übereinzustimmen scheint Endemann, S. 55: Die Konkursordnung enthält „nur Abänderungen der bereits geltenden Prozeß„ordnung."

Die Befriedigung des Gläubigers durch Annahmeerklärung oder Rücknahmeverzicht als solche ist also niemals anfechtbar; wird aber die ihr zu Grunde liegende Hinterlegung angefochten, so fällt damit natürlich auch die Befriedigung des Gläubigers zusammen.[49]

Die oben entwickelte Ansicht von Jäger und Müller, daß die Bestimmung des § 377 eine Ausnahme von der Vorschrift des § 15 KO. begründe, wird also durch die Ausführungen Hellwigs durchaus nicht erschüttert. Gleichwohl treffen ihre Ausführungen nicht den Kern der Sache.

§ 5.

bb. Die rechtliche Natur des Gläubigerrechts aus § 377 BGB.

Wir haben oben gesehen, daß die Hinterlegung im Verhältnis von Gläubiger und Schuldner sich als eine Traditionsofferte nach § 931 BGB. darstellt, wenigstens bei der in specie erfolgenden Hinterlegung. Da indes für die nach a 145 EG. BGB. in genre erfolgende Hinterlegung von Geld und Wertpapieren stets das Analoge gilt, werden wir nur von der in specie erfolgenden Hinterlegung sprechen.

Der Gläubiger hat also mit der Hinterlegung die Befugnis erworben, die hinterlegte Sache durch Erklärung der Annahme in sein Eigentum zu bringen. Regelmäßig hat nun der Schuldner das Recht, durch Rücknahme des Depositums die Offerte zu widerrufen, für den Fall des Konkurses aber ist es ihm entzogen. Da aber die Konkursgläubiger nach § 377 Abs. 1 BGB. die Offerte nicht wider-

[49]) Gl. M. Müller S. 80. Kohler, Studien S. 184. Jäger KO. § 30 Anm. 38.

rufen können, hat der Gläubiger ein unentziehbares Recht auf den Eigentumserwerb an der hinterlegten Sache erworben, wenigstens für die Dauer des Konkurses, denn nachher lebt ja das Rücknahmerecht des Schuldners wieder auf.

Der Gläubiger übt also mit der Annahmeerklärung ein Recht aus; und zwar übt er dies Recht aus in der Absicht und mit der Wirkung, sich für seine Forderung im Gegensatz zu den andern Gläubigern des Schuldners, die nur prozentual befriedigt werden, in ihrem ganzen Umfang zu befriedigen.

Hiervon muß man meines Erachtens bei der Beantwortung der Frage nach der rechtlichen Natur des aus § 377 fließenden Gläubigerrechtes ausgehen; denn der Endzweck der Hinterlegung ist Befriedigung des Gläubigers, Tilgung der Obligation, nicht Eigentumsübertragung; diese ist vielmehr nur das Mittel jene Zwecke zu erreichen. Weil sie den Zweck der Hinterlegung nicht genügend beachten, kommen Jäger und Müller zu einem oberflächlichen Resultat.

Die Frage ist also jetzt; was für ein Recht das vom Gläubiger mit der Annahmeerklärung ausgeübte ist, welcher Klasse von Rechten es angehört.

Wir sahen, daß der Gläubiger für seine Forderung voll befriedigt wird, und daß diese Befriedigung vermittels einer zur Konkursmasse gehörigen Sache erfolgt. Solch ein Recht aber, sich aus einer zur Konkursmasse gehörigen Sache unter Ausschluß anderer Gläubiger des Gemeinschuldners für seine Forderung, soweit die Sache es zuläßt, also eventuell in vollem Umfang zu befriedigen, nennen wir **Absonderungsrecht.**

Demnach wäre also auch das Recht des Hinterlegungsgläubigers aus § 377 ein Absonderungsrecht, soweit ihm nicht etwa ein Begriffsmerkmal eines solchen noch fehlt oder eine gesetzliche Schranke gezogen ist.

Es steht dem Begriff des Absonderungsrechtes nicht entgegen, daß die Befriedigung des Gläubigers nicht im Wege der Verwertung der Sache durch Verkauf geschieht, sie kann vielmehr auch wie in diesem Falle durch Eigentumserwerb des Berechtigten erfolgen; geschieht es doch stets so, wenn der Gläubiger ein Absonderungsrecht an ihm verpfändeten Geld hat.

Aber auch gesetzliche Hindernisse stehen der Auffassung des Gläubigerrechtes aus § 377 als eines Absonderungsrechtes nicht entgegen. Denn wenn man den im vorigen Paragraphen entwickelten Satz, daß das BGB. als lex posterior der KO. derogiere, anerkennt, so derogiert das BGB. auch dem § 4 KO., welcher bestimmt, daß andere als in der KO. anerkannte Absonderungsrechte ausgeschlossen sein sollen. Es kann also das BGB. sehr wohl ein neues Absonderungsrecht auf neuer Grundlage schaffen.

Will man aber diesen Satz nicht anerkennen, so kann man das Absonderungsrecht des Hinterlegungsgläubigers auch auf andere Weise begründen. Denn ein Absonderungsrecht kann auf einem dinglichen oder obligatorischen Verhältnis beruhen; bei der Hinterlegung beruht es offenbar auf einem dinglichen, und zwar auf einem Pfandrecht. Denn durch die Vorschrift des § 377 ist das Recht des Gläubigers gegen Störung von jeder Seite geschützt, durch die Unpfändbarkeit gegen Dritte und durch die Ent-

ziehung des Rücknahmerechts gegen den Schuldner. Letzteres freilich erst seit der Eröffnung des Verfahrens, bis dahin ist es durch die jederzeit mögliche willkürliche Widerrufserklärung des Gläubigers resolutiv bedingt. Damit, daß der Gläubiger sich aus dem Depot für seine Forderung befriedigt, und daß das Recht des Gläubigers an dem Depot neben der nicht erloschenen Forderung — es steht dem Schuldner ja nur eine von ihm vorzuschützende Einrede gegen die Klage des Gläubigers zu, daß er sich nur aus dem Depot befriedigen solle (§ 379 BGB.), — als accessorisches Recht besteht, sind die weiteren Merkmale des Pfandrechts gegeben (vergl. § 1204 BGB.)

Das Pfandrecht aus der Hinterlegung ist kein vertragsmäßiges; denn von einem Vertrage kann keine Rede sein, wo der Gläubiger auch ohne seinen Willen, ja wo möglich ohne sein Wissen das Pfandrecht erwirbt; es ist vielmehr ein durch die Vorschrift des § 377 geschaffenes gesetzliches Pfandrecht. Dem im Bürgerlichen Gesetzbuch anerkannten Prinzip der Erkennbarkeit und Spezialität eines jeden Pfandrechtes ist dabei völlig Rechnung getragen durch die Übertragung des Besitzes an den hinterlegten Gegenständen an die Hinterlegungsstelle. Ein jeder sieht, daß die Depositа verpfändet sind, und der Schuldner kann die Depositа nicht anderweitig verpfänden, ohne die Hinterlegung zu widerrufen, d. h. das Hinterlegungspfandrecht zu zerstören.

Durch die Vorschriften des § 377 über das Rücknahmerecht ist also ein gesetzliches Pfandrecht an den hinterlegten Gegenständen geschaffen, und damit für den Gläubiger ein Absonderungsrecht nach § 49 Nr. 2 KO. erwachsen.[50]

[50]) Als Absonderungsrecht bezeichnen auch Schollmeyer S. 311 und Endemann S. 640 des Rechts des Gläubigers aus § 377.

Aus dem Gesagten folgt, daß der § 377 mit dem § 15 KO. durchaus nicht kollidiert. Denn andernfalls müßte man ja sowohl den Eigentumserwerb des absonderungsberechtigten Gläubigers an ihm verpfändeten Geld als auch den Eigentumserwerb des Dritten an der durch Pfandverkauf seitens des absonderungsberechtigten Gläubigers veräußerten Pfandsache als im Widerspruch mit § 15 KO. erfolgt ansehen und davon kann doch keine Rede sein.

Abweichend will Wolff[51] das Recht des Gläubigers aus § 377 als ein „von seiner der Hinterlegungsstelle abgegebenen Annahmeerklärung (§ 376 BGB. Abs. 2 Nr. 2) abhängiges, also suspensiv bedingtes Aussonderungsrecht" konstruieren. Indessen darauf dürfte Folgendes zu erwidern sein:

Es handelt sich bei unserm Problem nicht um die Frage, welche rechtliche Natur des durch die Annahmeerklärung entstehende Recht des Gläubigers hat. Denn wir wissen bereits, daß der Gläubiger durch die Annahme Eigentum an dem Depot bezw. ein Forderungsrecht gegen den Fiskus im Falle des a 145 EG. BGB. erwirbt. Vielmehr ist die Frage, welche rechtliche Natur das Recht auf den Erwerb des Eigentums bezw. Forderungsrechtes seitens des Gläubigers hat. Das von Wolff konstruierte Recht ist also das sekundäre, ist nichts als ein Ausfluß des Rechts des Gläubigers, durch die Annahmeerklärung das Eigentum bezw. das Forderungsrecht zu erwerben, und daß diesem die Eigenschaft eines Absonderungsrechtes innewohnt, ist oben hinlänglich erwiesen.

---

[51]) KO. S. 182 f.

§ 6.

II. Die Hinterlegung mit schuldbefreiender Wirkung.

Wir wenden uns nunmehr der Hinterlegung mit schuldbefreiender Wirkung hinsichtlich ihrer Wirkungen für den Konkurs zu.

Schon in der Einleitung sahen wir, daß die Rücknahme des Hinterlegten ausgeschlossen und damit die schuldbefreiende Wirkung eingetreten ist (§ 378).

1. wenn der Gläubiger der Hinterlegungsstelle die Annahme erklärt oder ihr ein die Hinterlegung für rechtmäßig erklärendes Urteil vorgelegt hat. In diesem Falle liegt die Sache äußerst einfach; denn mit der Annahmeerklärung hat ja der Gläubiger nach § 3 Eigentum an dem Depositum erworben; damit ist dasselbe von der Zugehörigkeit zur Konkursmasse ausgeschlossen, der Gläubiger ist befriedigt, die Hinterlegung kann danach also keine besonderen konkursrechtlichen Wirkungen mehr haben.

2. Der Schuldner ist aber auch befreit, wenn er auf das Recht zur Rücknahme verzichtet oder der Hinterlegungsstelle seinerseits ein die Hinterlegung bestätigendes Urteil vorgelegt hat. Die Forderung des Gläubigers, sein Forderungsrecht, besteht also noch, nur ist sein Anspruch zur Zeit gehemmt, er kann ihn nicht klagend geltend machen, wenn er nicht abgewiesen werden will. Der Gläubiger ist aber nicht befriedigt, sondern der Schuldner nur befreit „wie wenn er zur Zeit der Hinterlegung an den Gläubiger „geleistet", d. h. den Gläubiger befriedigt hätte. Will sich der Gläubiger befriedigen, so muß er vielmehr der Hinterlegungsstelle die Annahmeerklärung abgeben. Wird nun

über das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet, so ist zunächst klar, daß der Konkursverwalter nicht die Sache aus der Verwahrung zurücknehmen kann, denn die Masse kann nicht ohne besondere gesetzliche Bestimmung weitergehende Rechte haben als der Schuldner.

Demgegenüber kann einerseits nach § 15. KO. der Gläubiger nach der Eröffnung des Verfahrens an den zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen keine Rechte mehr erwerben, andererseits steht aber die Zugehörigkeit der Depositа zur Masse außer allem Zweifel. Aber auch hier ist wie im vorigen Abschnitt diese Kollision nur eine scheinbare; denn hier wie dort ist dem Gläubiger durch die in der Hinterlegung gemachte Offerte das Recht, das Eigentum an dem Depot zu erwerben, gegeben, und hier wie dort ist es ihm als ein unentziehbares Recht gegeben. Hierdurch die Erklärung des Schuldners, daß er auf das Recht zur Rücknahme, d. h. den Widerruf der Offerte, verzichte, dort durch die ausdrückliche Gesetzesvorschrift des § 377. Der Gläubiger hat also, wie oben entwickelt, auch hier ein gesetzliches Pfandrecht und damit ein Absonderungsrecht auf Grund des § 49 Nr. 2 KO. bekommen. Nur unterscheidet sich das hier entstehende Pfandrecht dadurch von dem bei der Hinterlegung ohne Rücknahmeverzicht entstehenden, daß dies von der Erklärung des Rücknahmeverzichts an, sofern dieselbe vor der Konkurseröffnung erfolgt, nicht erst seit der Konkurseröffnung ein unbedingtes ist.

Der Umstand, daß der Schuldner seit dem Rücknahmeverzicht als befreit gilt, als hätte er zur Zeit der Hinterlegung an den Gläubiger geleistet, steht der Auffassung als Pfandrecht nicht entgegen. Denn der Sinn des

§ 378 ist nur der, „daß die Klage, nicht aber jeder Zwang „zur Erfüllung ausgeschlossen sein soll.“[52] Der accessorische Charakter des Pfandrechts bleibt also völlig gewahrt.

Zu dem Resultat, daß die Hinterlegung unter Rücknahmeverzicht ein Absonderungsrecht gewährt, kommt auch Wolff.[53] Unverständlich bleibt demgegenüber allerdings, wie er annehmen kann, daß der Gläubiger durch die Hinterlegung mit Rücknahmeverzicht sofort Eigentümer des Depots bezw. Gläubiger des Fiskus wird.

Es sei an dieser Stelle noch die in der Litteratur viel besprochene Frage angeknüpft, ob während des Konkurses der Konkursverwalter und der Gemeinschuldner noch auf das Rücknahmerecht verzichten können.

Es ist ohne weiteres klar, daß dadurch an der Wirkung der Hinterlegung für den Konkurs nichts geändert wird, es bleibt ein Absonderungsrecht des Gläubigers bestehen wie zuvor. Eine Wirkung hätte der Verzicht nur für die Zeit nach Beendigung des Konkurses, da der Schuldner dann nicht mehr in der Lage ist, das Depot zurückzunehmen. Gleichwohl kann die Befugnis des Konkursverwalters, auf das Rücknahmerecht zu verzichten, von Bedeutung sein für die Gläubiger. Es kann z. B. ein Pfand bestanden haben für die Forderung, und dies wird aus der Haftung gelöst, wenn der Schuldner von der Verbindlichkeit nach § 378 BGB. befreit wird. Es erscheint deshalb richtig, dem Konkursverwalter die Befugnis zuzusprechen, den Rücknahmeverzicht seinerseits zu erklären.[54] Auch muß dieser Rück-

[52]) Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. III. S. 724.

[53]) KO. S. 182.

[54]) Gl. M. Kohler S. 184, Müller S. 78 Note 224, A. M. Oertmann § 377 Nr. 3.

nahmeverzicht Geltung für die Zeit nach dem Konkurse behalten, denn Zahlung erheischt Definitivum; auch erscheint es nicht angängig, durch den Rücknahmeverzicht einen zur Konkursmasse gehörigen Gegenstand aus der Pfandverbindlichkeit lösen und damit die Forderung für die Zeit nach dem Konkurse als eine nicht mehr pfandgesicherte weiterleben zu lassen, sofern der Schuldner nun sein ursprüngliches Rücknahmerecht ausübt. Es muß vielmehr auch für die Zeit nach dem Konkurse bei dem durch den Konkursverwalter erklärten Rücknahmeverzicht sein Bewenden behalten. Keinesfalls kann der Umstand, daß der Rücknahmeverzicht einen Eingriff in die wiederauflebende Rücknahmebefugnis des Schuldners nach Beendigung des Konkurses darstellt, für eine entgegengesetzte Entscheidung maßgebend sein.

Ebenso unterliegt es keinem Zweifel, daß der Schuldner auch während des Konkurses wirksam auf das Recht zur Rücknahme verzichten kann, da er damit nicht in das Beschlagsrecht der Gläubiger eingreift.[55] Dieser Verzicht des Schuldners wirkt selbstredend auch für die Zeit nach dem Konkurse.

§ 7.

III. Die Anfechtung der Hinterlegung außerhalb des Konkurses und im Konkurs.

Es bedarf kaum besonderer Hervorhebung, daß die Hinterlegung wie jede Rechtshandlung des Schuldners der Anfechtung durch seine Gläubiger unterliegt, sowohl außer-

[55]) Gl. M. Planck, § 377 Nr. 2, Jäger § 1 Anm. 29, Kohler Studien, S. 185, Oertmann § 377 Nr. 3, Müller S. 78, Schollmeyer S. 311, Fischer und Henle BGB. 2. Aufl., § 377 Nr. 2.

halb wie innerhalb des Konkurses,[56] im ersteren Fall nach den Regeln des sog. Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879, in neuer Fassung vom 17. Mai 1898, letzterenfalls nach den Bestimmungen der §§ 29 ff. der Konkursordnung.

Daß Rücknahmeverzicht des Schuldners und Annahmeerklärung des Gläubigers nie der Anfechtung unterliegen, haben wir schon oben gesehen; es wird vielmehr stets die Hinterlegung selbst der Gegenstand der Anfechtung sein.

Wir prüfen also, wie und in welchem Umfange dem Gläubiger sein Absonderungsrecht wider seinen Willen durch Anfechtung entzogen werden kann.

Nehmen wir an, daß ein Gläubiger schon vor der Eröffnung des Konkurses eine Hinterlegung des Schuldners anficht, so kann er diese Anfechtung nur auf § 3 Nr. 1 des Anfechtungsgesetzes stützen. Diese Anfechtung ist eng begrenzt und schwer durchführbar; denn neben dem Nachweis, daß ihm ein Nachteil und dem Anfechtungsgegner ein Vermögensvorteil erwachsen sei, muß der Anfechtende auch noch die conscientia fraudis des Gegners beweisen; auch kann er nur „soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist, beanspruchen," daß der Gläubiger auf sein durch die Hinterlegung erlangtes Pfandrecht verzichte. (§ 7 Anf. Ges.)

Viel günstiger gestaltet sich dagegen die Lage der Sache, wenn, während der Anfechtungsprozeß noch im Gange ist, über des Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet wird. Denn der Hinterlegungsgläubiger hat aus der Hinterlegung ein Absonderungsrecht, also eine Sicherung erlangt, so daß nach § 13 Anf. Ges. Abs. 3 die Vorschriften des § 30 KO.

[56] Gl. M. Planck § 377 Nr. 3, Hellwig S. 462, Oertmann, § 377 Nr. 6, Schollmeyer S. 312, Müller S. 80, Wolff KO. S. 20, Motive bei Scherer § 377 Nr. 3.

Nr. 1 entsprechende Anwendung finden. Es kann die Hinterlegung also schon deshalb angefochten werden, weil sie einem Gläubiger eine Sicherung gewährt und er zur Zeit des Erwerbes dieser Sicherung die Zahlungseinstellung oder den Eröffnungsantrag kannte. Diese Kenntnis aber dürfte in den meisten Fällen leichter nachzuweisen sein als die conscientia fraudis. Auch kann der Verwalter den Anspruch auf die ganze Hinterlegung ausdehnen (§ 13 Anf. Ges. Abs. 2. S. 2), da er nach § 37 KO. die Rückgewähr alles dessen verlangen kann, was durch die angefochtene Hinterlegung der Konkursmasse entzogen ist. Freilich ist der Anfechtung nach § 30 Nr. 1 Satz 2 eine hemmende Schranke in Bezug auf die Zeit der Hinterlegung gezogen; denn sie muß nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag erfolgt sein. Der Konkursverwalter ist indessen nicht verpflichtet, den Rechtsstreit seinerseits aufzunehmen, sondern er kann auch die Aufnahme ablehnen. Dadurch wird seine Befugnis, selbst nach den Vorschriften der KO. die Anfechtung vorzunehmen, nicht ausgeschlossen, vielmehr kann er einen neuen Anfechtungsprozeß beginnen.

Der Konkursverwalter kann bei seiner Anfechtung natürlich auch § 30. Nr. 1 .S. 2 KO. zur Anwendung bringen, indessen hat ja der Gläubiger eine Sicherung in der Art, d. h. durch Schaffung eines Absonderungsrechtes, regelmäßig nicht zu beanspruchen und deshalb kann eventuell auch § 30 Nr. 2 KO. in Betracht kommen. Der letztere bietet außerdem noch zwei Vorteile; denn einmal ist die hier gegebene Frist der Vornahme der angefochtenen Hinterlegung größer, da sie nicht nur die Zeit seit der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag umfaßt, sondern auch noch die letzten zehn Tage vorher, und andererseits ist

die Beweislast hinsichtlich der Kenntnis beider Umstände hier dem Anfechtungsgegner auferlegt, während sie sonst den Anfechtenden trifft.

Endlich könnte der Konkursverwalter seine Anfechtung auch auf § 31 Nr. 1 KO. gründen, indessen bietet dieselbe wieder wegen des Nachweises der conscientia fraudis dieselben Schwierigkeiten wie die Anfechtung nach § 3 Nr. 1 Anf. Ges. durch einen Gläubiger.

§ 8.

IV. Die Rechtsstellung des Hinterlegungsgläubigers.

Bei der Untersuchung der rechtlichen Stellung des Hinterlegungsgläubigers ist es vor allem wichtig, die Annahmeerklärung des Näheren zu betrachten.

Es ist im § 376 Abs. 2 Nr. 2 bestimmt, daß die der Hinterlegungsstelle gegenüber abgegebene Annahmeerklärung die Rücknahme ausschließt. Danach kann aber auch nur diese die Wirkung des Ausschlusses der Rücknahme haben und es ist vor allen Dingen dieserhalb, wie auch nur deswegen, daß es sich um Befriedigung auf Grund eines Absonderungsrechtes handelt, ausgeschlossen, daß die Annahmeerklärung dem Konkursverwalter gegenüber abgegeben wird.[57]

Viel erörtert ist die Frage, ob der Gläubiger die Annahmeerklärung gegenüber dem Schuldner mit der Wirkung abgeben kann, daß sie die Rücknahme ausschließt.[58] Für den Konkurs ist diese Frage ohne Bedeutung; denn die Rücknahme ist ja schon durch § 377 Abs. 2 ausgeschlossen. Wirkung kann die während des Konkurses dem

[57]) Gl. M. Jäger § 1 Anm. 29.

[58]) Vergl. hierzu Müller S. 59 und die dort Zitierten.

Gemeinschuldner erklärte Annahme nur haben für die Zeit nach Beendigung des Konkurses, soweit nicht der Gläubiger sich schon vorher das Depot hat aushändigen lassen; welche Wirkungen das aber sind, liegt außer dem Bereich unserer Untersuchung. Gewiß ist nur, daß der Gläubiger, auch während des Konkurses die Annahme dem Gemeinschuldner erklären kann, da er damit in das Beschlagsrecht der Gläubiger nicht eingreift.

Wir werden unten sehen, daß bei Mangel der Voraussetzungen der Hinterlegung ein Absonderungsrecht nicht zur Entstehung kommt und deshalb die Annahmeerklärung als solche als Eingriff in das Beschlagsrecht der Gläubiger der selbständigen Anfechtung unterliegt. Es kann aber geschehen, daß diese Anfechtung wegen der ihr gesetzten Fristen nicht mehr möglich ist. Gleichwohl hat der Gläubiger das Eigentum an dem Depositum bezw. eine Forderung gegen den Fiskus erlangt, denn die Offerte, Traditions- bezw. Cessionsofferte, ist gemacht, wenn auch kein Absonderungsrecht entstanden. In solchen Fällen hat also der Gläubiger auf Kosten der Konkursmasse etwas erlangt ohne rechtlichen Grund, nämlich eine rei vindicatio, wenn er den Gegenstand noch nicht ausgeliefert erhielt, andernfalls die Sache selbst. Beides kann dann nach § 812 BGB. kondiciert werden.

Wir legen uns ferner die Frage vor, was geschieht, wenn der Gläubiger die Annahmeerklärung nicht abgiebt, aus welchem Grunde es auch immer sein mag, sei es, daß er zu nachlässig ist, sei es, daß er die hinterlegte Sache für zur Erfüllung nicht geeignet hält oder aus einem andern Grunde. Vermöge des durch die Hinterlegung geschaffenen Absonderungsrechtes kann das Depot vom Konkursverwalter

nicht zur Masse gezogen werden, sondern bleibt dem Gläubiger reserviert, soweit nicht etwa die Hinterlegung anfechtbar ist oder der Gläubiger freiwillig[59] seine Zustimmung zur Rücknahme giebt.

Freiwillig wird er seine Zustimmung z. B. dann geben, wenn er sich durch Pfandbestellung ein Absonderungsrecht gesichert hat und daraus seine Befriedigung besser als durch Annahme des Depositums zu erreichen hofft.[60] Was die Frage anlangt, ob er auch ohne die Rücknahme zu gestatten seine Forderung im Konkurse anmelden kann, so ist diese mit Schollmeyer[61] zu bejahen. Es fragt sich nur, in welcher Gestalt. Schollmeyer nennt sie suspensiv bedingt durch die Nichtannahme des Gläubigers. Das scheint uns nicht richtig; denn die Forderung wird nicht erst existent mit der Nichtannahme, sondern sie existiert schon jetzt und wird durch die Annahme vernichtet, ist also resolutiv bedingt durch die Annahmeerklärung des Gläubigers. Als solche kann sie der Konkursverwalter anerkennen, er kann aber auch, wie im gemeinen Recht, um den Gläubiger auf den Weg zur Klage zu zwingen, die Forderung bestreiten, und dann die Einrede aus § 379 Abs. 1 BGB. der Klage entgegenstellen.

Es kann aber auch der Fall eintreten, daß der Gläubiger die Annahmeerklärung nicht abgeben kann. In § 11 und 12 ist zu erörtern, was aus dem Depot wird, wenn der

---

[59]) Der Fall, daß der Gläubiger gezwungen seine Zustimmung giebt, ist unten im § 11 und 12 erörtert.

[60]) Hat er sich durch Bürgen gesichert, so wird er zugleich auf den Rückgriff gegen die Bürgen verzichten müssen; denn sonst könnte er deren Position ja beliebig verschlechtern. So Kohler, Studien S. 182. A. M. Müller Anm. 212.

[61]) S. 312.

Gläubiger die Annahme aus Gründen, die in der Unrechtmäßigkeit der Hinterlegung liegen, nicht erklären kann. Es sind noch die Fälle zu untersuchen, in denen der Gläubiger aus in seiner Person liegenden oder äußeren Gründen an der Abgabe der Annahmeerkärung verhindert wird.

Die Unmöglichkeit der Annahmeerklärung kann eine faktische oder eine rechtliche sein. Zu der ersteren gehört z. B. Abwesenheit des Gläubigers oder Unkenntnis von der erfolgten Hinterlegung, zu der letzteren gehören alle Fälle, in denen der Gläubiger unfähig ist, seine Forderung aufzugeben, was er durch die Annahmeerklärung doch thun würde, also die Fälle, in denen der Gläubiger minderjährig oder geisteskrank ist und keinen Vertreter hat; ferner auch der Fall, daß die Forderung des in Annahmeverzug befindlichen Gläubigers für seinen Drittgläubiger mit Beschlag belegt ist; denn hier kann der Gläubiger die Forderung ja nicht aufgeben, sein diesbezüglicher Wille wird vom Recht nicht anerkannt. Ferner kann es sich ereignen, daß für einen Gläubiger hinterlegt ist, dem seine Gläubigerschaft von einem Dritten bestritten wird; bevor er nicht im Rechtsstreit ein obsiegendes Urteil erlangt hat, ist er dann nicht in der Lage, die Annahmeerklärung abzugeben.

In diesen Fällen äußert die vielleicht sonst bedenkliche Bestimmung des § 377 eine besonders billige Wirkung. Vermöge des Absonderungsrechtes des Gläubigers bleibt das Depot in Verwahrung der Hinterlegungsstelle und der Gläubiger kann, wenn der Schuldner nicht nach Beendigung des Konkurses die Hinterlegung widerruft, nach Hebung der Unmöglichkeit die Annahme erklären. Hat der Gläubiger nach 30 Jahren die Annahme noch nicht erklärt, mag er es nun nicht wollen oder nicht können, so greift die Bestimmung

des 382 Platz; der Schuldner ist befugt, die hinterlegte Sache zurückzunehmen, auch wenn er auf das Recht zur Rücknahme verzichtet hatte.

Es ist schon im Vorhergehenden angedeutet, daß der Gläubiger die Hinterlegung unter Umständen ein doppeltes Absonderungsrecht bekommt, wenn er sich anderweitig z. B. durch Pfandbestellung, gesichert hat. Es liegt auf der Hand, daß der Fall nur bei der Hinterlegung ohne Rücknahmeverzicht eintreten kann. Denn die Hinterlegung unter Rücknahmeverzicht befreit ja den Schuldner und macht auch damit den Absonderungsrechten an den Vermögensstücken des Schuldners ein Ende. Damit ist zugleich das Mittel gegeben, ein zweites Absonderungsrecht zum Erlöschen zu bringen und die dadurch gebundenen Sachen nutzbar der Konkursmasse zuzuführen: der Verwalter erklärt einfach der Hinterlegungsstelle den Rücknahmeverzicht. Will er das nicht thun, so hat natürlich der Gläubiger die Wahl, ob er sich aus dem einen oder anderen Absonderungsrecht befriedigen will, jedenfalls wird aber der Gegenstand des einen Absonderungsrechtes durch volle Befriedigung aus dem andern frei zur Verwertung für die Masse.

§ 9.

V. Der Prozeß um die Rechtmäßigkeit der Hinterlegung.

Wir haben oben gesehen, daß der Hinterlegungsgläubiger wie der Gemeinschuldner durch Vorlegung eines die Rechtmäßigkeit der Hinterlegung bestätigenden Urteils die Annahme erklären bezw. auf die Rücknahme verzichten können. Im folgenden wollen wir untersuchen, welchen Einfluß die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners auf einen zu einem derartigen Urteil führenden Prozeß hat.

Ein solches Urteil kann ergehen entweder auf eine Feststellungsklage seitens des Schuldners oder auf eine Schuldklage seitens des Gläubigers; im letzteren Fall weist es bei der Einrede der Hinterlegung ohne Rücknahmeverzicht den klagenden Gläubiger nach § 379 zur Zeit, bei der Einrede der Hinterlegung mit Rücknahmeverzicht nach § 378 für immer ab. Es wirkt also die Hinterlegung an sich nur ope exceptionis, kommt der Rücknahmeverzicht hinzu, so wirkt sie ipso iure. Letzterenfalls hat die Vorlegung des Urteils bei der Hinterlegungsstelle nur Sinn für den Gläubiger, um die Annahme zu erklären.

Einen besonderen Fall des Prozesses auf Klage des Gläubigers bildet noch der Prozeß um die Rechtmäßigkeit der Hinterlegung nach § 75 EPO., da auf Grund dieses Urteils der Schuldner aus dem Rechtsstreit entlassen wird.[62]

Es giebt aber auch Fälle, in denen der Gläubiger vom Schuldner im Klagewege die Hinterlegung verlangen kann, so im Falle der §§ 432 S. 2; 1077, 1080; 1281, 2039, 660 Abs. 2 u. a. Es fragt sich nun, ob auch das auf eine solche Klage ergehende Urteil zur Erklärung der Annahme oder des Rücknahmeverzichts vorgelegt werden kann. „Allerdings hat wohl der Gesetzgeber in erster Linie solche Urteile im Auge gehabt, welche eine geschehene Hinterlegung für rechtmäßig erklären, allein man thut m. E. dem Gesetze keinen Zwang an, wenn man diesen Urteilen solche gleichstellt, aus denen die Rechtmäßigkeit einer künftigen Hinterlegung hervorgeht, sofern nur die Hinterlegung wirklich erfolgt ist. Auf jeden Fall aber wird vom Gläubiger durch die Vorlegung eines derartigen Urteils die Annahme erklärt."[63]

---

[62]) Vergl. Schollmeyer S. 309.

[63]) Müller S. 60.

Wird über das Vermögen des Schuldners, während ein solcher Prozeß noch anhängig ist, das Konkursverfahren eröffnet, so wird der Prozeß unterbrochen (§ 240 CPO.) Für die Frage nach der Berechtigung zur Aufnahme des Prozesses ist es nun wichtig zu wissen, ob derselbe für oder gegen den Gemeinschuldner anhängig ist. Denn je nachdem ist der Konkursverwalter allein oder auch der Gläubiger befugt die Aufnahme zu betreiben.

Ein Prozeß ist gegen den Gemeindeschuldner anhängig, wenn der Gegner einen Anspruch oder das Bestehen eines Rechtsverhältnisses geltend macht.[64] Demnach ist der Prozeß stets gegen den Gemeinschuldner anhängig, wenn der Gläubiger auf Leistung oder einer von mehreren Berechtigten auf Hinterlegung klagt. Es handelt sich außerdem in beiden Fällen um Verschaffung eines Absonderungsrechtes an den Hinterlegungsobjekten, mithin findet in diesen Fällen die Vorschrift des § 11 der KO. Anwendung, wonach sowohl der Verwalter als auch der Gläubiger die Aufnahme betreiben können.

Es bleibt noch zu prüfen, wie der Prozeß auf Feststellungsklage seitens des Schuldners aufzufassen ist Der Gemeinschuldner ist hier zwar der Kläger, indessen ist die Parteirolle für die Frage, ob der Prozeß für oder gegen den Gemeinschuldner anhängig ist, nicht maßgebend.[65] Es

---

[64]) Gl. M. v. Sarwey. Bossert S. 78. Petersen, Kleinfeller S. 50 f. Seuffert S. 180. Willenbücher S. 24. v. Wilmowski S. 70. v. Völderndorff S. 113. Wolff KO. S. 66 f. Jäger S. 10, Anm. 13, 14.

[65]) Gl. M. die Anm. 64 Citierten außer Jäger, der § 10 Anm. 14 die Parteirolle entscheidend sein läßt, soweit nicht der Prozeßbetrieb zur Zeit der Eröffnung im Interesse des Gläubigers liegt. arg. e contrario aus Anm. 15. Letzteres dürfte allerdings hier der Fall sein. Vergl. auch § 11 Anm 5 und 6. Auch nach dem dort Gesagten wäre unser Prozeß auf Feststellung des Bestehens eines ungleichen Rechts an nunmehrigen Massegegenständen als gegen den Gemeinschuldner anhängig anzusehen.

ist vielmehr auf den Streitgegenstand abzustellen, und dieser ist nicht ein Anspruch des Schuldners, sondern ein Anspruch des Gläubigers, nämlich der aus dem Schuldverhältnis, der als durch die Hinterlegung auf Zeit oder dauernd gehemmt festgestellt wird. Es ist mithin auch dieser Prozeß als Prozeß, der gegen den Gemeinschuldner anhängig ist, anzusehen. Da auch durch ihn ein Absonderungsrecht geschaffen wird, findet also auch hier die Vorschrift des § 11 Anwendung: es kann sowohl der Gläubiger wie der Konkursverwalter die Aufnahme des Rechtsstreites betreiben.

D. Anhang.

Die Wirkungen der Hinterlegung bei Mangel ihrer Voraussetzungen.

§ 10.

I. Allgemeines.

Bisher sind wir davon ausgegangen, daß die Voraussetzungen der Hinterlegung wirklich vorliegen. Es ist aber noch zu prüfen, ob sich die Wirkungen der Hinterlegung ebenso gestalten, wenn es an ihren Voraussetzungen mangelt.

Denn wenn auch die Konstatierung eines Absonderungsrechtes für den Hinterlegungsgläubiger um so billiger erscheint, wenn man bedenkt, daß nach § 293 BGB. der Gläubiger auch ohne sein Verschulden in Verzug der Annahme gerät, so könnte gleichwohl das Hinterlegungsabsonderungsrecht zu den bedenklichsten Machenschaften benutzt werden, wenn man ohne Unterschied, ob die Voraussetzungen der Hinterlegung vorliegen oder nicht, die in den vorhergehenden

Paragraphen dargestellten Wirkungen der Hinterlegung als eintretend ansehen wollte. Es könnte sich z. B. der Schuldner auf diese Weise durch Hinterlegung ohne Rücknahmeverzicht pfandfreie Vermögensstücke erhalten, oder er könnte einen Gläubiger vor den anderen in ungerechter Weise durch Verschaffung eines Absonderungsrechtes bevorzugen.

Es ist deshalb zu untersuchen, ob und welche Mittel und Wege es giebt, diese bedenklichen Konsequenzen des vom BGB. geschaffenen Absonderungsrechtes zu beseitigen. Das nächstliegende Mittel dazu ist natürlich die Anfechtung nach §§ 29 ff. KO., indes werden wir sehen, daß sie durchaus nicht immer zum Ziele führt, sondern für eine große Anzahl von Fällen nach einem andern Ausweg gesucht werden muß.

Der Mangel der Voraussetzungen der Hinterlegung kann in zwei Formen zum Ausdruck kommen:

1. Es besteht in der That gar keine Forderung; für diesen Fall sind noch zwei Eventualitäten zu unterscheiden:

a. Es ist vom Schuldner keine bestimmte Person oder eine garnicht existierende Person als Gläubiger bezeichnet; der Schuldner behauptet z. B. er kenne den Gläubiger nicht; oder

b. Es ist jemand, der thatsächlich keine Forderung hat, vom Schuldner als Gläubiger bezeichnet und

α er tritt auch als solcher auf, oder

β er erkennt an, daß er nicht Gläubiger des Deponenten sei. Letzterenfalls wird seine Behandlung keine Schwierigkeiten machen, denn er wird einfach dem Konkursverwalter gegenüber auf sein Absonderungsrecht verzichten und so die actio depositi für die Masse frei machen. Dieser Fall scheidet deshalb von der ferneren Betrachtung aus.

2. Es liegt in der That zwar eine Forderung vor, indessen bestehen zur Zeit nicht die Voraussetzungen der Hinterlegung im engeren Sinne, es mangelt also am Verzuge der Annahme des Gläubigers, oder der Gläubiger ist dem Schuldner gar nicht unbekannt u. s. w. (vergl. § 372 BGB.).

§ 11.

II. Die Anfechtung.

Wir prüfen also zunächst, welche Anfechtungsklagen der Konkursverwalter in diesen Fällen anstellen kann, und wie weit diese reichen. Ob die Hinterlegung mit oder ohne Rücknahmeverzicht stattgefunden hat, macht für die Anfechtung natürlich keinen Unterschied. Auch erübrigt es sich, auf die Anfechtung der Hinterlegung außerhalb des Konkurses noch einmal näher einzugehen, da sie sich von der bei der Hinterlegung unter Vorliegen der Hinterlegungsvoraussetzungen erfolgenden Anfechtung in nichts unterscheidet, so weit sie überhaupt möglich ist.

Denn die Anfechtung der Hinterlegung, wie sie in § 10 Nr. 1a. beschrieben ist, ist überhaupt nicht möglich; es kann nämlich weder § 30 KO. zur Anwendung kommen, weil der fingierte Gläubiger eben nicht Gläubiger und daher auch nicht Konkursgläubiger ist, noch § 31 Nr. 1, weil ein nicht bestimmter Gläubiger oder eine nicht existierende Person keine conscientia fraudis haben können, der §§ 31 Nr. 2 und § 32 ganz zu geschweigen. In diesem Falle wäre auch die Anfechtung auf Grund des § 3 Nr. 2 Anf. Ges. unmöglich.

Was die Anfechtung gegen den fingierten Gläubiger (1b. α) betrifft, so ist klar, daß durch die Hinterlegung einem Dritten, dem Hinterlegungsgläubiger, ein Vermögensvorteil zugewendet wird, denn das Annahmerecht hat einen Vermögenswert. Auch das Bewußtsein von der durch die Hinterlegung herbeigeführten Benachteiligungsabsicht auf Seiten des Schuldners ist bei der Hinterlegung zu Gunsten eines fingierten Gläubigers kaum zweifelhaft, man wird sogar annehmen können, daß nicht nur Bewußtseins-, sondern sogar Absichtsdolus vorliegt.[66]

Kommt nun seitens des fingierten Gläubigers das Bewußtsein dieser Benachteiligungsabsicht des Gläubigers hinzu, so haben wir die Erfordernisse der Deliktspeuliena (KO. § 31 Nr. 1). Daß der Gläubiger conscientia fraudis in einem solchen Falle unredlicher Hinterlegung hat, ist um vieles wahrscheinlicher und dürfte bedeutend leichter nachzuweisen sein als bei einer redlichen Hinterlegung. Auch ist es nicht notwendig, „daß der Gläubiger auf Grund einer „Vereinbarung mit dem Gemeinschuldner handelt, er muß „nur daß Bewußtsein haben, daß der Schuldner durch die „Hinterlegung das Delikt der freudlosen Benachteiligung „der Gläubiger begeht."[67]

Trotzdem ist auch hier die Anfechtungsmöglichkeit eng begrenzt; denn der Nachweis der conscientia fraudis des Gläubigers kann leicht mißlingen, und der § 30 KO. ist in

---

[66]) Bewußtseinsdolus in der vom Reichsgericht XI. 173 gegebenen Definition genügt nach meiner Meinung zur Anfechtung nach § 31 Nr. 1 Gl. M. Wilmowski KO. § 24 Nr. 1. Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts S. 213 A. M. Seuffert S. 212, der stets Absichtsdolus verlangt.

[67]) Kohler Lehrbuch S. 221 f.

diesem Falle ebenfalls nicht anwendbar, da der als Gläubiger Bezeichnete nicht Konkursgläubiger ist.

Nehmen wir nun den zweiten Fall, daß in der That eine Forderung besteht, so enthält die Hinterlegung eine Sicherung, des Gläubigers; „denn er erhält dadurch ein „während des Konkurses unentziehbares Recht auf die hinter„legte Sache.“ [68] War der Gläubiger nun nicht in Annahmeverzug, so durfte der Schuldner auch nicht hinterlegen und so dem Gläubiger Sicherung gewähren. Es trifft also auf diesen Fall § 30 Nr. 2 KO. zu, „der Gläubiger hatte keine „Sicherung in der Art zu beanspruchen.“ Selbstverständlich könnte der Konkursverwalter die Anfechtung auch auf § 30 Nr. 1 S. 2 hier gründen, indessen ist das unpraktisch, da ja Nr. 2 auch noch die Rechtshandlungen in den letzten zehn Tagen vor Zahlungseinstellung oder Eröffnungsantrag umfaßt. Hier steht außerdem den Konkursgläubigern die Präsumption des § 30 Nr. 2 zur Seite, deren Widerlegung für den Gläubiger meist sehr schwer sein wird. Trotzdem ist andererseits nicht zu verkennen, daß die Anfechtbarkeit durch die für die Rechtshandlung bestimmte Frist (im günstigsten Falle innerhalb der letzten zehn Tage vor Eröffnungsantrag oder Zahlungseinstellung) sehr eingeschränkt ist. Zwar könnte auch hier § 31 Nr. 1 zur Anwendung kommen, der ja die Anfechtbarkeit der Rechtshandlung von keiner Frist abhängig macht, indessen stehen dem die gleichen Schwierigkeiten wie oben entgegen, so daß der Schutz der Konkursgläubiger gegen unrechtmäßige Hinterlegungen nur ein sehr ungenügender wäre, wenn sie allein auf die Anfechtung angewiesen wären.

---

[68]) Müller S. 80 f. Hellwig S. 463 α.

§ 12.

III. Das Absonderungsrecht.

Nehmen wir an, ein Schuldner habe in der Meinung, daß thatsächlich eine Forderung bestünde,[69] unter Verzicht auf das Recht der Rücknahme hinterlegt und gerate darauf in Konkurs. Hier hat der Schuldner, da eine Forderung nicht besteht, den Anspruch auf Einwilligung in die Rücknahme gegen die als Gläubiger bezeichnete Person (BGB. § 812. 813), denn diese hat „ohne rechtlichen Grund das „Recht auf den hinterlegten Gegenstand erworben."[70] Dieser Anspruch könnte vom Konkursverwalter mit Beschlag belegt und realisiert, die hinterlegte Sache zur Masse gezogen werden.

Vergleichen wir damit die Situation, welche sich bei der Hinterlegung ohne Rücknahmeverzicht ergiebt, so sehen wir, daß der Schuldner, der zu Gunsten eines Nichtgläubigers hinterlegt hat, keinen Anspruch auf Einwilligung in die Rücknahme hat, denn er hat ja noch das Recht, die Hinterlegung zu widerrufen, der fingierte Gläubiger ist ja noch garnicht bereichert.[71]

Besteht aber eine Forderung und der Schuldner behauptet, er kenne den Gläubiger nicht, um ihm durch Hinterlegung eine Sicherung vor den andern Gläubigern zu teil werden zu lassen, oder ist die Forderung noch nicht fällig oder der Gläubiger garnicht in Verzug der Annahme so ist doch in allen Fällen ein Bereicherungsanspruch gegen

---

[69]) Denn wenn er wußte, daß die Forderung nicht bestand, hat er gemäß § 814 gegen den Hinterlegungsgläubiger keine condictio. Vergl. auch Hellwig S. 461 Note 934. Müller S. 66 f.

[70]) Müller S. 67. Hellwig S. 461. Schollmeyer S. 307.

[71]) Keinen Anspruch auf Einwilligung in die Rücknahme hätte er auch deshalb, weil er wissentlich zu Gunsten eines Nichtgläubigers hinterlegt hat. (§ 814 BGB.).

den Hinterlegungsgläubiger nicht gegeben, denn der Schuldner hat ja noch das Recht des willkürlichen Widerrufs.

Es kann also hier der Konkursverwalter keinen Bereicherungsanspruch pfänden lassen; das Recht des willkürlichen Widerrufs gehört aber nach § 377 BGB. in Verbindung mit § 1 Abs. 4 KO. nicht zur Konkursmasse, ist also der Ausübung durch den Konkursverwalter entzogen.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß die Konkursgläubiger gegenüber dem redlichen Schuldner und dem Hinterlegungsgläubiger, dessen Recht auf die Depositа schon unwiderruflich geworden ist, günstiger gestellt wären, als gegenüber dem unredlichen Schuldner und dem Hinterlegungsgläubiger dessen Recht der Schuldner noch nach Willkür widerrufen kann. Das wäre ein absurdes Resultat, und wir schließen uns deshalb der Meinung an, daß § 377 als eine Zweckmäßigkeitsvorschrift nur auf die rechtmäßige Hinterlegung Anwendung finden kann.[72] Nur die redliche Hinterlegung ist also imstande, ein Absonderungsrecht des Hinterlegungsgläubigers zu erzeugen.

Das eben Gesagte wird aber auch für die Hinterlegung unter Verzicht auf das Rücknahmerecht gelten müssen; denn es ergiebt sich auch hier bei der Hinterlegung zu Gunsten eines Nichtgläubigers dasselbe Mißverhältnis zwischen der Hinterlegung seitens des redlichen Schuldners, der eine pfändbare condictio hat, und des unredlichen, dessen Hinterlegung nicht rückgängig gemacht werden könnte, da ihm nach § 814 eine pfändbare condictio fehlt.

---

[72]) Müller S. 76. Jäger § 1 Anm. 30 β. Hellwig S. 461. Schollmeyer S. 312. Meyer S. 9.

Wenn er aber für eine bestehende Forderung hinterlegt hat, aber ohne daß der Gläubiger in Verzug der Annahme geraten ist, oder weil der Schuldner vorgiebt, der Gläubiger sei ihm unbekannt, so hat er nicht eine Nichtschuld bezahlt, und deshalb keinen pfändbaren Bereicherungsanspruch, ebenso nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 813 BGB., wenn er für eine betagte Forderung vor der Fälligkeit hinterlegt.

Wir kommen also zu dem Resultat, daß das Absonderungsrecht des Hinterlegungsgläubigers nur dann zur Entstehung kommen kann, wenn die Voraussetzungen der Hinterlegung wirklich gegeben sind. Der Konkursverwalter kann also, unter Darlegung des Mangels der Hinterlegungsvoraussetzungen, die Depots zur Masse ziehen. Werden ihm hierbei seitens der Hinterlegungsstelle Schwierigkeiten gemacht, so richtet er eine Feststellungsklage gegen den Hinterlegungsgläubiger und nimmt auf Grund des Urteils die hinterlegten Gegenstände zurück.[73] Schollmeyer[74] nimmt an, daß bei der unrechtmäßigen Hinterlegung die condictio aus § 813 BGB. stets die Klage des Konkursverwalters sei; das trifft aber nur für die Fälle zu, in denen die Hinterlegung irrtümlich erfolgt ist, sonst besteht ja eine condictio überhaupt nicht.

Aus dem Gesagten folgt, daß im Falle der unrechtmäßigen Hinterlegung Annahmeerklärung und Rücknahmeverzicht in das Beschlagsrecht der Gläubiger eingreifen und somit der selbständigen Anfechtung nach § 30 Nr. 1 S. 2 und Nr. 2, der Rücknahmeverzicht auch nach § 31 KO. Nr. 1 unterliegen.[75]

---

[73]) Hellwig S. 467.
[74]) a. a. O. S. 312.
[75]) Gl. M. Müller S. 80. Hellwig S. 468 f. Soweit eine Anfechtung nicht mehr möglich ist, vergl. § 8.